✠

J. M. J.



BREVE JURIDICO DISCURSO POR DON IGNACIO CERVERò Y AZNAR, CON DON JOSEPH CERVERò Y AZNAR su hermano:

SOBRE

LA SUCCESSION DE LA METAD DEL TERCIO, y remanente del quinto de los bienes que quedaron por fin, y muerte de Doña Maria Ana Aznar, que posseìa Doña Maria Vicenta Cerverò hija de dicha Doña Maria Ana, y hermana de los dichos Don Ignacio, y Don Joseph.

HECHO.

1 Oña Maria Ana Aznar en ſu ultimo teſtamento, baxo cuya diſpoſicion falleciò, inſtituyò por ſus univerſales herederos à Don Ignacio Cerverò, Don Joſeph, Doña Maria Vicenta, y Doña Maria Ana Cerverò ſus hijos, y de Don Joſeph Cerverò mayor.

2 Y reſpeto del tercio, y remanente del quinto, uſando de las facultades que la lei le concedia, diſpuſo de uno y otro con las clauſulas ſiguientes.

3 *Otroſi: uſando de las facultades que me permite la lei, en orden à las mejoras, declaro ſer mi voluntad mejorar, ſegun que en fuerza de la preſente diſpoſicion mejoro en el remanente del quinto de mis bienes, y en el tercio de ellos à Don Ignacio Cerverò, y à Doña Maria Vicenta Cerverò mis legitimos hijos, y de Don Joſeph Cerverò mi Marido, con los pactos, vinculos, y condiciones ſiguientes, y no ſin ellos.*

4 *Que ſi dichos Don Ignacio, y Doña Maria Vicenta Cerverò murieſſen (lo que Dios no quiera) ſin hijos, ni otros legitimos deſcendientes que les ſobrevivan al tiempo de ſus muertes, todos los bienes aplicables à las referidas mejoras, y que en fuerza de ellas pertenecieren à los dichos mis hijos, ſin detraccion alguna, paſſen à Don Joſeph mi hijo ſegundogenito, y hermano de dichos mis hijos.*

5 *Y ſi ſucedieſſe el caſo que el dicho Don Joſeph Cerverò mi hijo ſegundo murieſſe ſin hijos, ni otros deſcendientes, ſegun va dicho en los referidos Don Ignacio, y Doña Maria Vicenta Cerverò, paſſen los dichos bienes de dichas mejoras de remanente de quinto, y tercio à Doña Maria Ana Cerverò mi hija, y hermana de los ſuſodichos.*

6 Muerta Doña Maria Ana, ſobreviviendole los quatro hijos, ſe inmiſcuyeron en la herencia, y obtuvieron los bienes tocantes à cada uno, aſsi por legitima, como por mejora.

7 Y Doña Maria Vicenta, otra de las mejoradas, tomò el habito de Religioſa en el Convento de Santa Catalina de Sena de eſta Ciudad, y à pocos dias de profeſſa paſsò à mejor vida, ſobreviviendole Don Ignacio mejorado, y Don Joſeph

Cer-

Cerverò hermanos, quien por muerte ſin hijos de dicha Doña Vicenta, y en virtud de la ſubſtitucion de Doña Maria Ana Madre de ambos, pretendiò ante el Señor Don Juan Mathias de Aguilus aver ſucedido en la parte de mejora, perteneciente à dicha Doña Maria Vicenta; y por aver ſubcumbido ante el inferior, apelò para ante V. Exc. en cuyo grado eſtà para decidir.

8 En donde eſpera la confirmacion de dicha Sentencia, pues atendidas las clauſulas de dicha mejora, parece cierto, y ſin genero de duda, no aver llegado el caſo de la ſubſtitucion de Don Joſeph Cerverò; ſi que toda la mejora ab integro, por la muerte ſin hijos de Doña Maria Vicenta, otra de las mejoradas, toca à Don Ignacio: porque dicha mejora fue hecha con conjuncion real, y verbal, en cuyos terminos la porcion de dicha Doña Maria Vicenta ſe acreciò à Don Ignacio. *L.33. tit.9. 6.part. l. re conjuncti, ff. de legat.3. l. Mevio 41. ff. de legat.2.* porque los conjuntos *re, & verbis* ambos unius perſonæ jure funguntur, *l. plane 34. §. ſi conjunctim, ff. de legat.1.* ibi: *Conjuncti unius perſonæ poteſtate funguntur*; *l. unica, §. hoc ita, C. de caducis tol.* ibi: *Hoc ita tam variè, quia conjunctim quidem propter veritatem ſermonis, quaſi in unum corpus redacti ſunt, & partem conjunctorum, ſive hæredum, quaſi ſuam præoccupant.* Donelus *lib.7. cap. 13.* & ibi Uſualdus Fuſario *de ſubſtit. quæſt.495. num.14. verſ. Et ratio eſt.* Y cada uno de ellos jure proprio ſolidum habet; y por eſſo en defeto del uno acrece todo al otro, aut potius non decreſcit; *l. re conjuncti 89. in fin. ff. de legat.3. l. conjunctim 80. ff. eodem,* ibi: *Conjuncti hæredes inſtituti, aut conjunctim legati, hoc eſt, totam hæreditatem, & tota legata ſingulis data eſſe, partes autem concurſu fieri.* Peregrino *de fideicom. art.9. num.7.* ibi: *Quoniam re, vel re, & verba conjuncti ſunt; & quique jure proprio ſolidum debere, & partes ſibi faciunt per concurſum: idcircò inter eos locum eſſe juri non decreſcendi concedunt jura, & majores noſtri.* Gomez *variar. lib.1. cap. 10. de jure accreſcendi, num.38. per tot.*

9 Y la razon es; porque en virtud de aquella conjuncion reſulta una preſumpta afeccion, y voluntad del Teſtador à favor de los conjuntos, y una tacita vulgar ſubſtitucion entre ellos; *argument. text. in l. ſi Titio, & Mevio, §. Julianus, de legat.2.*

l.

l. si in testamento, in fin. ff. de vulgar. & pupilar. l. cohæredi, §. qui discretas eorum, l. plane, ff. de legatis 1. Peregrino *de fideicom. art.* 9. *num.* 7. & 8. Fusario *de subst. quæst.* 495. *num.* 14. & 16. Menoch. *cons.* 661. *num.* 6. Gomez *dict. lib.* 1. *variarum, cap.* 10. *de jure accrescendi, num.* 38. *circa medium*, ibi: *Cujus ratio vera, & mentalis est, quia ex illa conjunctione resultat quædam præsumptio affectionis, & voluntatis defuncti, & quædam tacita vulgaris substitutio, quod si unus eorum repudiet, vel alias ejus portio deficiat, accrescit alteri*; y assi estando mejorados Doña Maria Vicenta, y Don Ignacio en el tercio, y remanente del quinto, con conjuncion real, y verbal, ibi: *Mejoro en el remanente del quinto de mis bienes, y en el tercio de ellos à Don Ignacio Cerverò, y à Doña Maria Vicenta Cerverò mis legitimos hijos, y de Don Joseph Cerverò mi Marido*, parece inquestionable, que por la muerte sin hijos de Doña Maria Vicenta se le acreciò la parte de mejora de èsta à Don Ignacio, por estar à entrambos en una misma oracion, y baxo el verbo *mejoro*, hecha dicha mejora.



10 Amàs, que dicho Don Joseph, substituto, està llamado à dichas mejoras para en caso solo que dichos mejorados muriessen sin hijos, ibi: *Que si dicho Don Ignacio, y Doña Maria Vicenta muriessen (lo que Dios no quiera) sin hijos, &c.* y estando dicha clausula concebida con la diccion *y*, que equivale à *et*, que es conjuntiva, *l. si quis ita stipulatus, ff. de verb. obligat. l. si hæredi plures, ff. de condict. instit. l. hæredi, §. Cajo, ff. de fundo instruct. l. Titia textores, §. nihil, ff. de legat.* 1. es proposicion de regla, que para que tenga lugar el substituto, es precisso se verifique en ambos mejorados la condicion de morir sin hijos; y mas estandolo baxo una misma oracion Doña Maria Vicenta, y Don Ignacio, *l. si mihi, &* Titio 110. *ff. de verb. obligat. l. reos* 11. §. *cum in tabulis* 1. *ff. de duobus reis*, Gonzalez *in regula* 8. *cancel. gloss.* 3. *num.* 2. Surdo *cons.* 403. *num.* 30. *lib.* 3. Menoch. *cons.* 56. *num.* 35. & *cons.* 1028. *num.* 26. Gracian *discep. foren. cap.* 530. *num.* 43. & *cap.* 968. *num.* 16. ibi: *Natura dispositionis copulativæ debet verificari in utraque parte, cum plura copulata habeantur loco unius, & per unitatem sermonis sunt in unum redacta, & sic, est necessarius omnium concursus.*

11 Convencese lo dicho en atencion à que el llamamien-

miento de Don Joſeph à dicha mejora, es condicional, y baxo la de morir ambos mejorados ſin hijos, ibi: *Que ſi dichos Don Ignacio, y Doña Maria Vicenta Cerverò murieſſen ſin hijos, ni otros legitimos deſcendientes que les ſobrevivan al tiempo de ſus muertes, todos los bienes, &c.* Y no aviendoſe verificado dicha condicion, antesbien la contraria, pues Don Ignacio les tiene, no vino el caſo de la ſubſtitucion, y caducò èſta; *l.uxori* 4. *C.quando dies legat.cedat. l.ex facto* 17. §.4. *ff.ad trebel.l.filius familias* 114. §.13.*de legat.*1. ibi: *Cum erit rogatus ſi ſine liberis deceſſerit per fideicommiſſum reſtituere, conditio defeciſſe videvitur ſi patri ſupervixerint liberi.* Oldrado en el celebre conſejo 21. esforzado por los Autores de primer nota, Menoch.*de præſumpt.lib.*4.*præſumpt.* 69.*num.*1. Fuſario *de ſubſtit. quæſt.*401.*num.*1.*&* *quæſt.*441.*n.*7. Molina *de Hiſpan. primog. lib.*1. *cap.*6. *num.*16. Caſtillo *lib.*5.*cap.* 89. *num.*14. *&* 15. donde acota dos colunas de Eſcritores que apoyan eſta dotrina, Torre *de majorat. part.* 2. *cap.* 17. *num.* 1. Antonio Gomez *lib.* 1. *variar. cap.* 5. *de fideicommiſſaria ſubſtit. num.*24. *verſ. Sed his non obſtantibus,* & paſsim omnes; en cuyos terminos parece cierto no aver llegado el caſo de la ſubſtitucion de dicho Don Joſeph.

12 Y lo que no admite duda es, que ſiendo, como es, dicha ſubſtitucion condicional, no ſe reſuelve en ſingularidades; y mas ſiendo voluntaria la condicion, que induce forma en la diſpoſicion, *l. qui hæredi, l. Mevius, ff. de condict.& demonſt.* Caſtillo *lib.*5. *cap.*45. ibi: *Quando verba ſunt conditionalia, ut tunc ſcilicet pluralitas, non reſolvitur in ſingularitates*: y deſpues de aver citado algunos Eſcritores, proſigue: *Pluralitatem in voluntaria conditione à teſtatore oppoſitam non reſolvi in ſingularitates, &c.*

13 Sin que contra lo dicho, y en apoyo de la pretenſion contraria ſufrague el decirſe: que dicha ſubſtitucion fue compendioſa; que en sì comprehenderia la fideicomiſſaria, y que en eſta ſeria propoſicion ſin contradictor, que aviendoſe ſubſtituido à muchos, en caſo de morir ſin hijos, no era neceſſario ſe cumplieſſe en todos; ſi que baſtaria cumplirſe en qualquiera, para que tuvieſſe lugar el ſubſtituto en aquella parte, reſpeto que en la fideicomiſſaria la pluralidad ſe reſuelve en ſingularidades; ſegun el texto de la lei *Hæres mei* 57. *ff. ad trebel.*

y

y el texto de la *lei ultima, §. filiam, de legat.* 2. y traen muchos Escritores.

14 Porque precindiendo de que dicha substitucion, siendo compendiosa, como pretende Don Joseph, incluye tambien la vulgar, Gomez *lib.* 1. *variar. cap.* 7. *num.* 2. Gracian *disput. forens. cap.* 229. *num.* 2. y la fideicomissaria nunca se induce, si con palabras claras no se expressa, Peregrino *de fideicom. art.* 11. *per tot.* & *art.* 13. *num.* 4. en cuyos terminos corre mas segura la opinion de no resolverse en singularidades la pluralidad: pero aun en terminos de fideicomissaria, no tiene en nuestra especie lugar dicha resolucion en singularidades; pues aunque esto pudiera proceder, quando *disjunctim, separatim*, vel *simpliciter* estàn substituidos, que aun en este ultimo caso tiene su duda.

Videnď. D. Leo decis. 26. n. 36. cum seq. tomo 3.

15 Empero no la ai, y procede lo contrario, quando estàn, como en nuestro caso, *conjunctim copulativè*, & *collectivè*, llamados, ibi: *Mejoro en el remanente del quinto de mis bienes, y en el tercio de ellos à Don Joseph Cerverò, y à Doña Maria Vicenta Cerverò*, en cuyo caso la pluralidad no se resuelve en singularidades; si que es menester que en ambos se verifique la muerte sin hijos; *l. necessario, §. si annua, ff. de pignorat. act. l. penult. C. de impub. & aliis subst.* Gutierrez *cons.* 4. *num.* 18. Menoch. *cons.* 1028. *num.* 20. 21. & 22. donde cita casi una coluna de Escritores, y satisface los fundamentos contrarios, todo adaptable, y en terminos de nuestra contingencia omnino videndus, & *de præsumpt. præsumpt.* 186. *num.* 29. *cum seqq.* & *num.* 42. Gracian *disput. forens. cap.* 468. *num.* 69. & *num.* 74. quien la supone comun opinion, ibi: *Cum etiam in specie substitutionis fideicommissariæ pluribus factæ cum adjectione copulativè, vel nominis collectivè, prout etiam in casu nostro, verior sit opinio, & magis communis, quod illa non resolvitur in singularitatem quidquid alii contrarium sentiant, ut testatur decem & octo Authoribus relatis Menoch. cons.* 1028. *num.* 22.

16 Mantica *de conject. ultim. volunt. lib.* 11. *tit.* 5. *num.* 19. & 29. Fusario *de subst. quæst.* 473. *num.* 105. *vers. Cæterum*, & *num.* 106. donde cita muchos Escritores en su aprobacion, y decisiones de la Rota, suponiendola opinion comun, Castillo *lib.* 6. *cap.* 121. *num.* 42. ibi: *Vel quando est appositum pronomen colle-*

cti-

ctivum, quo casu pluralitas non resolvitur in singularitates, *ut in l.necessario, §.si una, ff.de pignorat. act. & in l. cum quidam, C.impuberum Bartolus, &c. & num.* 54. *in fine, &* 55. pues segun la naturaleza de la copulativa, requiere el concurso de ambos copulados; *l.hæres mei, ff. de condict. instit.* y asi era precisso, para obtener Don Joseph, que en ambos se verificasse la condicion de morir sin hijos, ibi: *Que si dichos Don Ignacio, y Doña Vicenta muriessen (lo que Dios no quiera) sin hijos, &c.* cuyo caso no ha llegado, Peregrino *de fideicom. art.* 19. *num.* 12. *ad medium, vers. Et in substitutione*, Gracian *disp. forens. cap.* 468. *num.* 71. 72. & 73. y se le puede decir à Don Joseph, *de te non loquitur substitutio*, Peregrino *de fideicom. art.* 1. *num.* 26. & *art.* 11. *num.* 37. con muchos Casanate *consf.* 4. *num.* 8.

17 Lo que se convence de la misma conjuncion con que les llamò con la palabra *MEJORO*, que fue el unico verbo de que se valiò en la mejora, y el que comprehendiò à ambos, uniendoles; como en propios terminos lo trae Gracian *cap.* 299. *num.* 10. ibi: *Ultimo sumus in substitutione acta conjunctim, non autem separatim cum verbum SUCCEDANT, de quo in testamento fuerit semel tantùm prolatum, & utramque personam institutorum complectatur, præsertim cum testator eos etiam verbis conjunxerit, dum dixit post mortem ipsorum, quod facit, ut pluralitas non resolvatur in singularitatem, & num.* 12.

18 Se califica lo mismo en atencion à que todos los Escritores, que persuaden, y pruevan à favor del substituto, la resolucion de la pluralidad en singularidades, la esfuerzan *non ex proprietate verborum*; porque, atendida esta, no se puede en uno verificar, *l. ubi numerus, ff. de testibus, l.fin. ad trebel. l. legato, §.qui plures, l.Mævius, §. cum qui*, el segundo, *ff. de legatis secundo, l.inter illam, §. ultimo, ff. de verborum significat. cap. pluralis, de reg. juris, in 6.* con muchos Casanate *consf.* 37. *num.* 1. *cum seqq.* Gutierrez *consf.* 4. *num.* 7. sino por la presumpta voluntad del Testador; pues si esta no la persuade, y prueva, nunca se resuelve en singularidades, *l.falsa, §.final, ff.de condict. & demonst.* Gracian *discep. foren. cap.* 468. *num.* 75. ibi: *Maximè, quia numquam pluralitas resolvitur in singularitatem, nisi quando constat de voluntate testatoris*, con muchos Castillo *lib.* 5. *cap.* 121. *num.* 22. omnino videndus

Ci-

Ciriaco *controver.70. num.7. & 8.* Gutierrez *conſ.4. num.8.* Deforma, que de dicha voluntad depende la ſegura reſolucion de tan contrarias opiniones, como con Socino, Cumano, y otros trae el miſmo Caſtillo *dict. lib. 5. cap.121. num.23.* y Gutierrez *dicto conſ.4. num.8.*

19 Y en nueſtra eſpecie, no ſolo no ſe preſume voluntad à favor del ſubſtituto; ſino que es clara, y evidente la de dicha Doña Maria Ana en preferir à aquellos mejorados por la union en que les puſo, y mejorò; Menoch. *de præſump. præſump.186. num. 28. verſ. Declaratur ſeptimò*, ibi: *Nam tunc pluralitas non reſolvitur in ſuas ſingularitates, ex quo is conjunctus ex præſumpta mente teſtatoris debet ſubſtituto præferri*; ſin que ſatisfaga en decir: que dicho Don Joſeph, ſubſtituido, era tambien hijo de la Teſtadora; y que aſsi, no ſe preſumiria mayor aficion à los inſtituidos, que à dicho Don Joſeph. Porque ſiendo unos, y otros hijos; no admite duda, que el miſmo hecho de la mejora, manifieſta, y califica la predileccion de los inſtituidos, y mejorados al ſubſtituto; *l. Publius 36. §. 1. ff. de condiction. & demonſtrat. l. cum unus 102. ff. eodem, l. cum pater 77. §. 13. ff. de legat.2.* Surdo *conſ.125. num.16. & 17.* Ciriaco *conſ.206. num.20.* Fuſario *de ſubſtit. quæſt.468. num.19.* Torre *de majorat. tom.3. deciſ.11. num.32.* y mas ſiendo Don Ignacio primogenito varon, que en caſo de duda ſe preſume mas amado; Valenzuela *conſ. 97. num.9.* Caſtillo *cap.160. num.1.* Torre *de majorat. tom.1. cap. 26. num.3.4. & 5.*

20 Y en propios terminos de nueſtra eſpecie lo trae Peregrino *de fideicom. art.13. num. 18.* ibi: *Nam aliquando ſubſtitutio de aliquo reperitur facta pluribus, inter quos poteſt eſſe ſucceſsio ex leg. non variabilis per eorum voluntatem, & in omnibus caſibus, in quibus hujuſmodi ſucceſsio conſiderari poterit, non patebit locus ſubſtituto, niſi poſt illos omnes; ratio eſt, quia cum primo inſtituto, & beneficiati ſint, & præſumantur magis dilecti à teſtatore, quam ſubſtitutus ſecundo loco vocatus, ad leg. Publius, §.1. ff. de condict. & demonſt. & inter eos poſsit ex lege invariabiliter competere ſucceſsio in relicto teſtatoris; ideò præſumendum non eſt quod per dationem ſubſtituti teſtator voluerit auferre conjunctis, providentiam legis, & ſucceſsionem inter eos ex lege invariabiliter inductam; ſed poſt eos voluerit de ſubſti-*

stituto providere, quia successio illa vim cujusdam tacitæ substitutionis habet. Menoch. *dicta præsumpt.* 186. *num.* 40. Fusario *de substit. quæst.* 473. *num.* 104. Gracian *cap.* 299. *num.* 6. Y en este caso concurre à favor del conjunto, y contra el substituto, la propiedad de las palabras, y la presumpta voluntad del Testador; Menoch. *dicta præsumpt.* 186. *dicto num.* 40. *Nam, & in hoc casu militat ratio ex proprietate sermonis; ac etiam ratio præsumpta voluntatis testatoris, qui videtur magis dilexisse Sempronium institutum, quam Mevium substitutum.* Fusario *de substit. dicta quæst.* 473. *num.* 104. ibi: *Hoc enim casu militat pro instituto proprietas verborum, & præsumpta voluntas testatoris, qui magis dilexisse institutum substituto.*

21 Y à aver querido Doña Maria Ana, que, en caso de morir qualquiera de los mejorados sin hijos, sucediera en aquella porcion el substituto, lo huviera assi expressado; lo que no hizo: y de lo dicho, y no dicho se induce la mente; *l. unica,* §. *sint autem, C. de caduc. tollend.* Vela *dissert.* 24. *num.* 49. Torre *de majorat.* 1. *part. quæst.* 8. *num.* 17. *& part.* 2. *quæst.* 33. *num.* 32. *& quæst.* 55. *num.* 66. y mas quando facilmente lo huviera podido hacer, Spada *cons.* 262. *num.* 12. *lib.* 2. Castillo *lib.* 4. *cap.* 14. *num.* 6. *&* 7. Torre *de majorat. dict. part.* 2. *quæst.* 55. *n.* 66. y en propios terminos de la especie Menoch. *cons.* 661. *num.* 16. y quando dicha Doña Maria Ana no lo hizo, ni dixo, no lo devemos nosotros suplir. *Argument. text. in l. si servum,* §. *non dixit, ff. de adquirend. hæred. l. illam, C. de collat.* cum aliis Surdo *cons.* 51. *num.* 7. *& cons.* 143. *num.* 14. *&* 15. *lib.* 1. Torre *de majorat. tom.* 3. *decis.* 33. *num.* 33.

22 Sin que à esto satisfaga Don Joseph, diciendo, que aunque sea cierto que el hecho de la mejora induzga, y prueve mayor dileccion en el mejorado, y instituido, que en el substituto; pero que esto se entenderia solo en la parte, y porcion en que le mejorava, pero no en la del coheredero, ò del otro mejorado: porque este obice, en vista de la misma clausula, se satisface; pues Doña Maria Ana en lo que mejorò à Don Ignacio, y Doña Maria Vicenta, fue, en el tercio, y remanente del quinto, con conjuncion real, y verbal, por la qual, como tengo fundado à num. se entiende averle dexado inso-

ſolidum à cada uno, quamvis concurſu poſtea partes fierent; y en lo que ſubſtituyò à Don Joſeph, no fue en la parte que vacaria, ſino en el todo de la mejora; y aſsi en toda ella ſe preſume mas amado Don Ignacio, que Don Joſeph.

23 Tiene menos dificultad en nueſtra eſpecie, por eſtar los mejorados reciprocamente ſubſtituidos, ſi no expreſsè, ſaltim tacitè, por la union, y conjuncion en que les mejorò, ibi: *Mejoro en el remanente del quinto de mis bienes, y en el tercio de ellos à Don Ignacio Cerverò, y à Doña Maria Vicenta Cerverò, &c.* como tengo fundado à num. cuya tacita reciproca ſubſtitucion excluye al ſubſtituto; en propios terminos Fuſario *de ſubſtit. quæſt.*473. *num.*71. *&* 72. ibi: *Ampliatur primò, & ſi tacita, reciproca eſſet tantùm inducta inter inſtitutos; nam hæc locum habebit excluſo ſubſtituto*; y cita à muchos Menoch. *conſ.*661. *num.*14. *Quæ quidem reciproca, & ſi tacitè facta eſt: attamen ſufficit, ne pluralitas reſolvatur in ſuas ſingularitates*, y cita tambien muchos Eſcritores *&* *de præſumpt. præſumpt.*186. *num.*28. *circa medium*, ibi: *Et hæc quidem declaratio procedit, etiamſi reciproca eſt tacita.*

24 Convenceſe lo dicho hecha reflexion à que Don Joſeph fue ſubſtituido, no en la porcion que vacaria de los mejorados, ſino en el todo de la mejora, ibi: *Que ſi dichos Don Ignacio, y Doña Maria Vicenta murieſſen ſin hijos, ni otros legitimos deſcendientes que les ſobrevivan al tiempo de ſus muertes, TODOS LOS BIENES aplicables à las referidas mejoras, y que en fuerza de ellas pertenecieren à los dichos mis hijos, ſin detraccion, &c. paſſen à Don Joſeph Cerverò mi hijo ſegundogenito, &c.* Y eſtando la fideicomiſſaria hecha en el todo, como por muerte del uno no puede el ſubſtituto ab integro percibir aquellos bienes, queda por voluntad del Teſtador excluido; *l. quidam teſtamento, ff. de vulgar. & pupil.* Mantica *de conject. ultim. volunt. lib.*11. *tit.*5. *num.*24. *&* 25. ibi: *Quoties igitur apparet ſubſtitutionem factam eſſe in tota hæreditate, non aliter locum habet, quam ſi omnes deceſſerint ſine liberis, quia ſubſtitutus non aliter totam conſequi poteſt, ut teſtator expreſsit*; Fuſario *de ſubſtit. quæſt.*473. *num.*61. y aunque à num. 62. propone la contraria, al 63. reſuelve contra el ſubſtituto; con muchos Menoch. *de præſumpt. præſumpt.* 186. *num.* 24. ibi: *Declaratur ſecundò, ut locum non habeat quando ſubſtitutio fuit facta*

in

in tota hæreditate, vel in toto legato, nam tunc non admittitur substitutus ad portionem deficientis, sed expectari debet mors omnium, atque ita pluralitas non resolvi in suas singularitates.

25 Sin que contra lo hasta aqui dicho obste el texto en la lei *ultim.* §. *filium 6. ff. de legat. 2.* en que se funda la opinion contraria, por no ser adaptable à nuestra especie. Lo uno: porque en aquel el gravamen fue puesto à cada uno de los libertos, ibi: *Ut quidquid vobis legavi restituatis*, en cuyo caso se entiende gravado cada uno en la porcion que le cupo; Fusario *de substit. quæst. 473. num. 62. vers. Respondent*, ibi: *Respondent tenentes primam opinionem, quod gravamen ibi fuit injunctum quilibet, ibi: Ut quidquid vobis legavi restituas, quæ verba ostendunt quemlibet in sua portione gravatum.* Mantica *de conjectur. lib. 11. tit. 5. num. 26.* Lo otro: porque en dicho texto los legatarios eran los libertos; los substituidos en las porciones legadas, los hijos: y como en esta materia, segun tengo dicho, totum pendeat à voluntate Testatoris; y, segun ambas opiniones, si el substituto es mas amado que el colegatario, ò coheredero, aut est de filiis, como en la especie de dicho texto, los quales se presumen mas amados q̃ los estraños; no admite duda, y es conforme à ambas opiniones, que el substituto prefiera al colegatario, ò coheredero: lo que no procede en nuestra especie; pues en èsta, assi el mejorado, como el substituto, eran hijos; y aquellos se presumen mas amados que èste, pues les prefiriò, y mejorò, como tengo fundado à num. y en estos terminos no pueden ser preferidos por el substituto; admirablemente Mantica ubi proximè *num. 26. per tot.* & circa medium, ibi: *Nam ille textus inquit: à vobis peto, ut quidquid vobis legavi, eo contenti sitis viventis, & post vos filiis meis restituatis. Undè si quis eorum decesserit, non videtur superesse persona, quæ ex verosimili mente testatoris excludat filios institutos, & ideò multo facilius debet habere locum substituto. Notandum tamen est, quod si in toto esset facta substitutio, non potest, secundum Bar. & alios qui sequuntur hanc limitationem, sortiri effectum, nisi post mortem omnium, & sic nisi totum vacaberit: tametsi non supersit alia persona, quæ ex conjectura voluntatis excludat substitutum, quia si superest substitutus non posset admitti, licet in toto non esset facta substitutio, sed simpliciter, ut superius conclusum fuit.*

Me-

26 Menos obſta el texto en la lei *Hæres mei* 57. §. *cum ita* 1. *ff. ad trebel.* que es el capital de opinion contraria; pues dicho texto habla en el caſo que la condicion ſe verificò, y cumpliò en el ultimo de los inſtituidos, y no en el primero, como en nueſtra eſpecie; pues les ſubſtituyò reciprocamente, ibi: *Ut ſi quis eorum ſine liberis prior diem ſuum obierit, partem ſuam ſuperſtiti fratri reſtituat*: y para en caſo que ambos murieſſen ſin hijos, llama à la nieta, ibi: *Quod ſi uterque ſine liberis diem ſuum obierit, omnem hæreditatem ad neptem meam Claudiam prævenire volo.* Sucediò, que muriò el uno dexando un hijo, y el otro muriò ſin ellos; ſe duda, ſi en aquella parte del ultimo, que moria ſin hijos, deveria ſuceder la nieta ſubſtituida en el todo: y dice el Cõſulto, que como en los fideicomiſſos lleva la primera atencion la voluntad, ſerìa abſurdo, faltando la primera ſubſtitucion, negar à la nieta la parte del ultimo, quando el Teſtador la llamò al todo, en caſo que en el ultimo hijo ſe huvieſſe radicado el todo, y huviera faltado ſin hijos, ibi: *Quam totam habere voluit avus, ſi noviſsimus, fratris quoque portionem ſuſcepiſſe.* Y la razon es clara; pues aquella porcion del ultimo, que moria ſin hijos, no la podia adquirir el coheredero ex voluntate teſtatoris, porque prèmuriò el otro; y aquella reciproca, y expreſſa ſubſtitucion caducò por ſu muerte, y aſsi, ex voluntate Teſtatoris, devìa paſſar al ſubſtituto: Pero en nueſtra eſpecie procede lo contrario; pues muerta Doña Maria Vicenta ſin hijos, queda Don Ignacio coheredero, eo mejorado en el tercio, y remanente del quinto, el qual, como tenemos dicho, ſe preſume mas amado, que el ſubſtituto, y aſsi excluye à èſte, con Ripa, y Socino, Mantica *de conject. lib.* 11. *cap.* 5. *num.* 27. *circa medium*, ibi: *Quod in dicto §. cum ita portio ultimi decedentis non poterat adquiri cohæredi ſecundum voluntatem teſtatoris, quia prius deceſſit, & reciproca ſubſtitutio, quæ inter eos fuerat expreſſa, erat facta caduca, & ideò ſubſtitutus ex voluntate debet admitti: at cum portio unius de voluntate poteſt alteri adquiri, is, qui erat ſubſtitutus in toto, non admittitur: quia non intelligitur in deficiente portione ſubſtitutus, ſed in toto, ſicuti verba ſonant, à quibus in dubio non videtur recedendum; l. non aliter, in prin. de leg. 3. l. ſi alii, de uſufruct. legat. & ex his opinio Bar. quæ etiam hodie videbitur communis*, & plenius

D *num.*

num.29. in fin. Fusario *de subst. quæst.*473. *num.92.* donde cita à muchos.

27 Y esta es la diferencia que conciben los Escritores en la especie de dicho texto, à la que nos hallamos, como trae el mismo Mantica ubi supra *num.26.* Fusario *dict. quæst.*473.*num.* 92. *vers. Quæ autem sit ratio diversitatis, quod purificata condictione in persona primi, & non ultimi, substitutus excludatur, & è contra purificata condictione in persona ultimi, non primi, admittitur substitutus, illa est ratio; quia purificata condictione in persona ultimi, non superest persona quæ substitutum ex præsumpta mente testatoris excludat, cum conjunctus est mortuus; & si testator cogitasset talem casum, voluisset ad ejus portionem admitti substitutum, quem voluit totum habere, & omnes sine liberis decederent, sed quando impletur condictio in persona primi, superest conjunctus magis dilectus, & ideò substitutum excludit.* Ex quibus, parece ser claro el derecho de Don Ignacio Cerverò à la porcion del tercio, y remanente del quinto, que posseìa Doña Maria Vicenta, otra de las mejoradas, sin tener por aora el menor derecho à èl dicho Don Joseph Cerverò. Asi lo siento, salva semper, &c. Valencia, y Junio 27. de 1730.

Don Antonio Caldès.